

2004 年 12 月
第 4 期(总第 55 期)

甘肃政法成人教育学院学报
Journal of Adult Education of Gansu
Political Science and Law Institute

Dec. 2004
No.4(General No.55)

论公司代表人制度

邵薇薇

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要: 本文在分析大陆法系和英美法系公司代表制度法理的基础上, 通过比较外国立法, 指出我国法定代表人制度存在排除当事人的意思自治、造成董事之间事实上的不平等、影响公司的运作效率和缺乏有效监控机制等缺陷, 并提出实行“董事会代表与意定代表并存, 意定代表优先”的制度、明确公司代表人权责、加强对代表人行为的监督等立法建议, 以完善我国公司代表人制度。

关键词: 公司代表人; 缺陷; 立法建议

中图分类号: D922.291.91

文献标识码: A

文章编号: 1009-7759(2004)04-0006-04

On the Representative System in Corporation

Shao Weiwei

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, Fujian)

Abstract: This article presents a nomological analysis of the corporate representative system in civil law system and common law system. Then points out the existing problems of the legal representative system in China by comparing with foreign legislations, and as well as to propose some suggestions on how to make the representative system in corporation sound in China.

Key words: representative of corporation, the existing problems, the legislative proposals.

公司作为法人, 其意志和行为必须借助于法人机构, 并最终通过自然人加以实现。因此, 公司顺利参与各种活动的前提是建立公司代表制度, 使法人机构的行为归属于公司。在公司治理结构中, 建立什么样的代表制度, 如由谁代表以及如何代表等, 涉及到公司内部的权力配置, 是公司法研究的重要课题。

一、公司代表制度的法理分析

由于法律传统、立法模式等方面的差异, 两大法系关于公司代表制度的理论基础不尽相同:

(一) 大陆法系

在德国, 学理上关于公司的代表制度有两种学说之争: “代理说”和“代表说”。这两种学说又分别源自对法人本质的两种不同态度: 法人拟制说和法人实在说。

法人拟制说认为, 法人之所以成为民事主体, 是法律把某种团体类比成自然人的结果。法人只是一种

“观念上的整体”, 其实体基础是“人为创造的组织”。作为“纯粹的拟制物”, 它没有意思能力, 从而也就没有行为能力, 类似于“无行为能力的自然人或疯子”。因此, 法人必须由依照法人组织规范任命的自然人, 代表其进行活动, 二者形成代理关系。

与拟制说相反, 由基尔克创始的法人实在说认为, 法人本身不是纯粹观念的形态, 而是具有意思能力和行为能力的“现实的整体人”。法人的机构类似于法人的“法律肉体”, “通过机构, 看不见摸不着的‘联合人’表现为一个感觉着的、评价着的、欲为的和行为着的统一体”, 而不是什么代理机构。因此, 法人机构的行为效果由法人承受, 并非依据代理关系, 而是法人通过其机构, 自身所欲和所为的结果, 机构的行为就是法人的行为。

应当说, 两种学说都使自然人与法人之间行为的归属关系获得了合乎法理的解释。但是, “代理说”在一些方面不能自圆其说, 例如, 代理中代理人具有独立的人格, 而在法人内部法人的机构并不具备主体地

收稿日期: 2004-09-01

作者简介: 邵薇薇(1978—), 女, 福建厦门人, 厦门大学法学院硕士研究生。

位。因此,理论上以“代表说”为通说。

(二) 英美法系

与大陆法系不同,英美法系的学者无意进行法人本质的抽象的形而上的论争,他们往往从实用主义出发,在接受法律赋予某一团体以法律人格这一事实的基础上,探讨法人与其成员间的法律关系的性质。从大陆法学者的立场看,英美法上关于公司性质的理论实际上均属于法人拟制说。由于没有拟制说与实在说的针锋相对,英美法上没有关于代理和代表的区别,而是将那些为公司利益而从事各类行为的董事和经理以及其他公司雇员都笼统地称为公司的代理人,适用代理关系的一般规则。即只要是公司的利益而进行的行为,都由公司来承担后果,并且这种承担不因行为主体是董事,或者是经理,抑或是其他雇员,而有所区别。

二、外国公司立法中的代表人制度

不管公司代表制度以哪一种学说为基础,都是为了将公司代表人的行为合乎法理地归属于公司。代表人在公司内外的活动中,扮演着重要角色。各国法律对公司代表人制度的设计各具特色,笔者拟以德国和日本为例进行说明:

德国《股份公司法》第78条第1款规定,董事会在法院内外代表公司;第2款规定,董事会由若干成员组成的,如果章程没有其他规定,全体董事会成员只能集体代表公司。即德国实行“共同代表制”,一般情况下,将代表权赋予董事会,由全体董事共同行使对外代表权。

与德国不同,日本《有限公司法》第27条第1款及第2款规定,有限公司设董事一人或数人,董事代表公司。董事为数人时,各自代表公司。显然,日本有限公司采取“分别代表制”,将代表权赋予每个董事,每个董事都可以单独行使代表权,体现了董事间地位的平等。

然而不论是德国还是日本,在法定的代表形态(共同代表或分别代表)之外,都允许意定代表的存在,即允许公司通过章程对代表权的配置做出安排,并且这种安排具有优先性。如前述德国《股份公司法》第78条第2款的规定表明,全体董事的共同代表是以“章程没有其他规定”为前提的。该条文第3款紧接着规定:公司章程可以规定,董事会成员可被授权单独或者与一名代理人共同代表公司。又如,日本《有限公司法》第27条第3款规定,前项代表权行使的规定,不妨碍以章程或股东大会的决议确定代表公司的董事,或确定由数名董事共同代表公司,或依章程之规定由董事之间的互选确定代表公司的董事。

允许当事人自主决定自己的事务,是意思自治的体现;在“意定”代表人方面,它充分体现了代表权的私权性质。另一方面,允许章程对代表人进行安排,也符合市场经济的要求。市场经济中一个最基本的思想基础就是:当事人自己最知道自己的利益所在。个性化的章程较之具有普遍性的法律,更切合公司的实际。以章程约定替代法律的硬性规定,使公司能够依据

现实情况,从自身利益出发,灵活地处理自身事务。

选定代表人的同时,为了使代表人更好地履行职责,维护公司利益,两国立法都对代表人的权责做出了详尽规定。如规定代表人享有代表权、业务执行权等一系列权利,并且应当承担竞业禁止义务、保密义务和忠实义务等。代表人应当接受公司监事会和股东大会的监督,对于严重失职、违反法定或约定义务的代表人,监事会(德国)或股东会(日本)可以将其解任,并要求其承担赔偿责任。

三、我国公司的代表人制度及其缺陷

与外国“法定代表和意定代表并存,意定代表优先”不同,我国实行法定代表人制。《公司法》第45条第3款、第4款规定,(有限责任公司)董事会设董事长一人,可以设副董事长一至二人。董事长为公司的法定代表人。第51条第3款规定,有限责任公司不设董事会的,执行董事为公司的法定代表人。第68条第3款、第4款规定,(国有独资公司)董事会设董事长一人,由国家授权投资的机构或者国家授权的部门从董事会成员中指定。董事长为公司的法定代表人。第113条亦规定,(股份有限公司)董事会设董事长一人,可以设副董事长一至二人。董事长为公司的法定代表人。

显而易见,我国《公司法》所设计的代表人制度,只有法定代表,而没有意定代表。尽管依据《公司法》,董事长的选任是当事人意思自治的结果(如有限责任公司,由章程规定董事长的产生办法;股份有限公司,由全体董事过半数选举产生董事长),但是,董事长的代表人身份却是由法律直接规定的,公司内部文件不得约定董事长之外的人担任法定代表人。因此,我们不能说,公司代表人是当事人自主选择的结果。并且,这种法定代表的形态不同于其他国家,如德国的“共同代表”、日本的“分别代表”,它是一种“唯一代表”,即董事长一人的代表。

(一) 我国公司法定代表人制度的形成与发展

我国公司代表人的“法定性”和“唯一性”,在当今世界上可以说是独一无二的。这一制度被认为是具有中国特色的制度。与其他有中国特色的法律制度的产生一样,法定代表人制度的形成有其深刻的社会政治经济条件、历史传统等时代背景。这一制度与我国传统企业领导体制的继受和改革不无关系。

公司法律制度建立前,《民法通则》确立了法人制度。对于“法定代表人”,《民法通则》的表述是“代表法人行使职权的负责人”(第38条)。从这一表述中,可以看出,我国的“法定代表人”有着强烈的行政管理色彩。伴随着《民法通则》的颁布和国有企业改革的推进,一大批的企业立法相继出台。这些企业实行的是厂长(经理)个人负责制,厂长(经理)是企业唯一的法定代表人。他们既是企业法人的权力机关、意思机关,又是法人的执行机关和代表机关,个人多种身份的存在,是行政权力在企业法人制度中的反映。

90年代初期,我国颁布了《公司法》。受原有的

企业领导体制和个人主义色彩的影响,该法沿袭了《民法通则》以来一系列企业立法中“法定代表人”制度的思路,将公司的代表人定位在董事长身上。这实际上是传统“以人治企”的管理思想在公司法中的体现。

应当说,我国在引进大陆法系的“法人实在说”构建我国公司制度的同时,将“董事会(董事)为法人的代表”推到了史无前例的极端:任何企业都只有唯一的法定代表人,法律强行规定法定代表人的职务身份和权力范围而完全排除当事人的选择^①。立法混淆了“法人需要代表人”和“法人必须有唯一的法定的代表人”二者,并以后者代替了前者。

(二)我国法定代表人制度的缺陷

尽管我国公司的法定代表人制度存在着一定的优点,如代表人的“法定性”和“惟一性”,使交易的第三人容易辨认谁是公司真正的代表人,从而减少他人无权代理的可能性,并且从公司的内部看,代表人的“惟一性”,使得对内的责任主体明确、单一,避免多人之间相互推卸责任。但是,我们还应当看到这种制度的缺陷。其缺陷已经破坏了公司的权力平衡,阻碍了公司的发展,随着时间的推移,将日益凸显:

首先,法定代表人制度排除了当事人的意思自治,是立法者对私人权利的过度干预。公司是私法主体,有权自主决定其属于私法领域的事务,有权根据需要安排公司的代表人,并决定其代表权范围。“除非某些确定的公共政策要求强制而强制又没有超过实现公共政策所必须的限度,有关商业交易的法律只是减少谈判成本的合同范本、填补合同空白的备用条款和处理争议的规则,它们决不当排除当事人的选择余地”^②,而我国的《公司法》恰好排除了这种余地,以立法者的意志代替了公司的意志。这也是我国长期以来“公私”不分、漠视私权的体现。

事实上,公司作为市场经济的主体,要在市场竞争中求生存、求发展,就必须要根据客观环境和自身情况,及时调整战略,适应市场变化。允许公司意思自治,可以使公司从最有利于自身的角度出发,选任代表人,并根据实际情况的变化,变更代表人。而法律粗鲁蛮横地“一刀切”——要求每一个公司都必须以董事长为唯一的代表人,必然使公司失去适应市场的灵活性。

其次,法定代表人制度造成了董事之间事实上的不平等。“公司治理”的宗旨在于合理建构现代公司的权力分配关系,使之实现良性运转。根据法人治理理论,公司中所有董事的地位应当是平等的,董事长和其他董事的区别仅仅在于他是董事会的召集人。然而,《公司法》规定只有董事长才具备当然的代表法人的权力;其他董事须经董事长授权方可代表公司,且得到授权的董事,只能是公司的代理人,而非代表人。也就是说,董事长具有不同于一般董事的法律地位,董事长和其他董事的权利义务处于不平等的状态。

同时,由于法律允许董事长兼任总经理,使得法定代表人时常集董事会权力及公司的经营管理权于一身,尤其是董事会闭会期间,董事长往往拥有对外借款、投资、解聘公司雇员等多项业务执行权和经营决策权,而股东及其他董事管理公司的权力则大大缩减,

严重削弱了股东会、董事会的实际作用,容易产生董事长专断。

再次,随着经济的发展,公司(特别是股份有限公司)的规模不断扩大,业务在深度和广度上,得到了前所未有的发展。一方面,社会分工日益精细,公司的业务日趋专业化;另一方面,一些公司采取多元化经营,“不把所有鸡蛋放在同一个篮子里”。这就对公司代表人的能力和精力都提出了相当高的要求。在现行法律制度下,这些重担都压在董事长的身上。而人的能力和精力毕竟有限,一个人恐怕不堪重负,难以胜任。这势必加大公司的经营风险,影响公司的运作效率。

最后,现行法定代表人制度对代表人的权责规定不明确,缺乏有效的监控机制。一方面,法定代表人权责不明,例如,代表人的责任问题上,《公司法》第63条“董事执行职务时违反法律法规或公司章程规定,给公司造成损害的,应当承担赔偿责任”的规定过于笼统,可操作性差,难以判定代表人是否恰当履行职责及是否应当承担个人责任,特别是在代表人消极怠工、没有完全履行义务的情况下,几乎无法追究其责任,弥补公司损失。另一方面,由于监事会监督范围狭窄,权力行使的保障机制不够健全,因此对代表人行为的监督不力。由此观之,我们不能不说,现行制度离公司法人治理的要求尚有一定差距。

四、完善我国公司代表人制度的立法思考

(一)在法定代表制度之外,允许意定代表,尊重私法自治

鉴于现有法定代表人制度的诸多缺陷,我们应废除对公司代表人的硬性规定,改“法定”“唯一”的代表人制度为“董事会代表与意定代表并存,意定代表优先”的制度。具体措施包括:

首先,由法律将代表权赋予董事会,使之成为名副其实的法人代表机关^③。其优点有二:一是由董事会成员集体行使代表权,可以相互协调、相互制约,避免董事长专权,有利于破除“以人治企”的旧观念和旧思维束缚。二是这一做法实践了董事平等原则,能调动全体董事的积极性,分工协作,集思广益,保证决策的民主与科学。

其次,允许公司自主决定有关事务的代表人,并且这种意思自治具有优先性。董事会成员集体行使代表权,可能存在一定的缺陷,例如,公司事务繁多,事无巨细,一概要求全体董事集体出席,既不可行也无必要。因此,应允许公司以章程或董事会决议的方式选任董事,以单独代表或共同代表的方式行使权力。这样,公司就可以根据业务性质和交易需要,自主决定代表公司的人选和方式,提高公司对外活动的效率。具体而言,公司日常事务及小规模业务中,可以由一名董事独自代表公司;对于对公司影响较大的业务(如标的超过一定数额的交易),为避免单独代表中个别董事的独断专行,一般由两名或两名以上的董事共同代表公司;对于对公司影响特别重大的事项,则须由全体董事会成员共同行使公司代表权。

（二）明确公司代表人的义务与责任

1. 健全有关代表人义务的规定。针对《公司法》第 59 条、第 60 条、第 123 条未能穷尽代表人义务的状况,笔者认为,有必要借鉴德国及日本立法例,规定代表人在行使其权力时,应尽善良管理人的注意义务和忠实义务,以高度责任感投身公司事务,真正维护公司利益。并且,对于代表人违反竞业禁止义务的行为,在《公司法》第 61 条的基础上,增加将代表人违法收入划归公司所有的具体程序和时效等规定,使之切实可行。

2. 完善代表人责任设计。设计代表人对公司的责任,除《公司法》已有规定外,还应考虑以下两方面内容:第一,在规范代表人义务的基础上,确立判断其责任的客观标准,包括:(1)代表人的行为是否给公司造成损害,(2)依照当时的情况,代表人所为的行为是否恰当,(3)行为人是否有理由相信其所为的行为符合法人的最大利益^⑭。第二,建立代表人对第三人的责任制度,即代表人因故意或重大过失给第三人造成损害的,应承担赔偿责任。

（三）完善对代表人行为的监督机制

1. 强化监事会对代表人行为的监督。首先,《公司法》应细化监事会监督权,扩大监督范围,如建立代表人定期向监事会汇报业务执行情况的制度,规定监事会有权制止代表人违反法律法规、公司章程或股东会决议的行为等等。其次,赋予监事会提议解任代表人的权力,即对存在违法行为或严重危害公司利益行为的代表人,监事会可向董事会提议解除其职务。

2. 赋予监事会在特定情况下代表公司的权力。依照现行《公司法》,公司代表权在任何情况下始终归法定代表人享有。当代表人侵害公司权益时,他显然不可能以公司的名义对自己提起诉讼;而其他董事须经代表人授权方能参加诉讼,即起诉法定代表人须经其本身同意。这一规定的结果就是,此时没有人能够代表公司提起诉讼,严重妨碍了公司诉权的行使。同理,若代表人滥用诉权,或是消极抵制诉讼、拒绝代表公司行使诉权,公司亦无法启动诉讼或采取相应救济措施。这显然不合理。

如何避免此类困境呢?通过考察德国及日本立法^⑮,笔者认为,在代表人不能或不宜代表公司的特殊情况下,应赋予监事会代表公司的权力,以维护公司合法权益:第一,在公司与代表人间的诉讼中,由监事会代表公司。第二,监事会行使财务监督权时,有权代表公司委托会计师及相关人员,以确保其独立性,避免代表人的不当干扰。第三,代表人为自己或利害关系人与公司进行交易时,监事会有权代表公司。

注 释:

“代理说”和“代表说”是我国学者的称法,意指关于法人代表的两种不同的理论和学说。而德文 Vertretertheorie 一词翻译成中文,既可译为“代理说”,也可译为“代表说”。即在德国,“代理说”和“代表说”系指同一种理论,相当于我国学者所称的“代理说”。而与我国学者所言“代表说”相对应的,在德国称为“机

构说”或者“机关说”(Organstheorie)。参见以下两文对这两种学说名称的介绍:(德)福尔克·博伊庭著,邵建东译:《德国公司法中的代表理论》,《民商法论丛》第 13 卷第 532~534 页;龙卫球:《民法总论》,北京:中国法制出版社,2002 年版第 355~356 页。本文采用我国的习惯称法。

(德)福尔克·博伊庭著,邵建东译:《德国公司法中的代表理论》,《民商法论丛》第 13 卷第 532 页。

(德)基尔克:《人类团体的本质》,第 30 页,转引自龙卫球:《民法总论》,北京:中国法制出版社,2002 年版第 327 页。

例如,美国学者格雷认为:“社团是否是一个拟制实体,或者是否是一个没有实在意志的实在体,或者依据基尔克的理论,是否是一个具有实在意志的实在体,看起来是一个不具有实践重要性或利益的事情。基于任何一种理论,由国家强加的义务都是相同的,而且基于其实际意志而使那些义务得以强制执行的这些人也是相同的。”参见 John C.Gray, The Nature and Sources of the Law, 2nd ed., Boston, 1938, P55.

张开平:《英美公司董事法律制度研究》,北京:法律出版社,1998 年版第 15 页。

李金生:《完善我国企业法人代表制度初论》,《石家庄经济学院学报》1999 年第 6 期第 606 页。

See Robert C.Art & Minkang Gu, China Incorporated: The First Corporation Law of the People's Republic of China, 20 Yale J.Int'l L. 273, 294, (1995).

王保树:《股份公司组织机构的法律实态考察与立法课题》,《法学研究》1998 年第 2 期第 47 页。

梁慧星:《民法总论》,北京:法律出版社,1996 年版第 146 页。

张民安:《公司法上的利益平衡》,北京:北京大学出版社,2003 年版第 357 页。

⑪⑫ 方流芳:《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,《比较法研究》1999 年第 3、4 期第 435 页。

⑬ 柳经纬:《论法定代表人——以公司法人为中心》,http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7792.

⑭ 石慧荣:《法人代表制度研究》,载《现代法学》1996 年第 4 期,第 89 页。

⑮ 日本《商法典》第 275 条第 4 款:公司对董事或董事对公司提起诉讼时,在该诉讼中,由监事代表公司。德国《股份公司法》第 112 条:相对于董事会的成员来说,监事会在法院内外代表公司。